

**SOBRE ALGUNAS LIMITACIONES A LA EUROPA A LA CARTA EN
MATERIA SCHENGEN: COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TJCE DE
18 DE DICIEMBRE DE 2007 (REINO UNIDO C. CONSEJO, C-77/05 Y 137/05)**

Por

AMPARO ALCOCEBA GALLEGO
Profesora Contratado Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Europeo 16 (2008)

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ORIGEN DE LOS LITIGIOS. III.- EL ESPACIO SCHENGEN COMO EJEMPLO DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA a) La situación jurídica de Reino Unido e Irlanda. b) La situación jurídica de Dinamarca. c) La situación jurídica de Noruega e Islandia. d) La situación jurídica de los Estados candidatos a la UE. IV.- EL ROMPECABEZAS DE LA ADHESIÓN DE REINO UNIDO E IRLANDA AL ACERVO SCHENGEN, AL TÍTULO IV TCE Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN DESARROLLO DE ÉSTOS. a) Cuestiones generales sobre la adhesión a sistemas de integración diferenciada. b) La adhesión de Reino Unido a medidas Schengen. c) La adhesión de Reino Unido a medidas en desarrollo de Schengen. d) La calificación de una medida como medida Schengen o como medida en desarrollo de Schengen. V.- LOS REGLAMENTOS 2007/2004 Y 2252/2004 COMO MEDIDAS NO AUTÓNOMAS DE LA APLICACIÓN DEL ACERVO SCHENGEN BASADAS EN ÉSTE. a) El Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. b) El Reglamento 2252/2004 del Consejo de 13 de diciembre sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros VI.- CONSIDERACIONES FINALES.

I.- INTRODUCCIÓN

El pasado 18 de diciembre el TJCE emitió dos sentencias en las que desestimaba sendos recursos de anulación del Reino Unido sobre el Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre relativo a la creación de una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros (as. C-77/05) y sobre el Reglamento 2252/2004 de 13 de diciembre sobre normas y medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados

miembros (as. C-137/05). Aunque ambos recursos versaban sobre idénticas cuestiones¹ e incluso fueron debatidos en una vista común, el tribunal optó por no acumularlos.

A través de estas Sentencias, el TJCE ha vuelto a introducirse en la interpretación de disposiciones sobre el funcionamiento de una integración diferenciada como es Schengen. En particular, en estos pronunciamientos, el TJCE ha fijado el sentido y alcance de los arts. 4 y 5 del Protocolo Schengen, contribuyendo a aclarar algunos de los aspectos más relevantes del espacio Schengen como espacio de integración diferenciada. De un lado, el TJCE ha considerado que el derecho Reino Unido e Irlanda a adherirse a medidas en desarrollo de Schengen en aplicación del art. 5 del Protocolo Schengen, no es un derecho absoluto. Más allá de las condiciones objetivas necesarias que debe cumplir cualquier Estado miembro que pretende participar en medidas de integración diferenciada ya vigentes, el TJCE ha señalado que el derecho de Reino Unido e Irlanda a adherirse a esas medidas está subordinado a la adhesión previa a todas aquellas medidas necesarias para su aplicación, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 4 del Protocolo Schengen, en aras de la integridad y coherencia del Acervo Schengen. De otro lado, el TJCE ha fijado también el examen que debe pasar una medida concreta para determinar si es o no una medida en desarrollo de Schengen. A estas cuestiones están destinadas, esencialmente, las próximas páginas.

II.- ORIGEN DE LOS LITIGIOS

El 17 de febrero de 2005 el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte introdujo, en virtud del artículo 230 TCE, un recurso de anulación ante el TJCE por considerar que el Consejo, al adoptar el Reglamento 2007/2004 relativo a la creación de una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros, había vulnerado el Protocolo de Schengen. Idéntica acción, por igual motivo, interpuso el 24 de marzo de 2005 en relación con el Reglamento 2252/2004 sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros.

Después de que la Comisión presentara al Consejo la propuesta de Reglamento 2007/2004, el Reino Unido notificó al Consejo su intención de participar en la adopción de dicho Reglamento, en aplicación del art. 5 del Protocolo Schengen. Sin embargo, el Consejo adoptó finalmente dicho Reglamento sin la participación de este Estado. Idénticos hechos se produjeron con ocasión del Reglamento 2252/2004.

¹ De hecho, la Comunicación al Diario Oficial de los dos recursos, las Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en los dos casos y el texto de ambas sentencias tienen un tenor literal prácticamente idéntico.

En opinión del Reino Unido, en ambos casos se había vulnerado la letra del art. 5 del Protocolo Schengen, concretamente el derecho automático que asiste a este Estado miembro a participar en las medidas de desarrollo del acervo de Schengen una vez hecha la notificación al respecto.

En opinión del Consejo, por el contrario, no existía dicha vulneración, en cuanto que la participación automática del Reino Unido a la que se refiere el art. 5 en medidas de desarrollo de Schengen, está subordinada a la participación previa en el acervo de Schengen en el que tienen su base dichas medidas de desarrollo, de conformidad con el art. 4 del Protocolo Schengen.

El planteamiento del litigio exige entonces centrarse en el examen de las condiciones de participación del Reino Unido en el espacio Schengen como espacio de integración diferenciada. Para ello, habrá de estudiarse, en primer lugar, el espacio Schengen como espacio de integración diferenciada y sus características básicas. En segundo lugar, se examinarán los límites a la participación en las integraciones diferenciadas de Estados que originariamente no forman parte de ellas, así como el alcance y sentido de los arts. 4 y 5 del Protocolo Schengen y las relaciones entre ambos con especial atención a la relevancia que puede tener la determinación de una medida como medida Schengen o como medida de desarrollo de Schengen. En tercer lugar, a consecuencia de lo anterior, habrán de examinarse los criterios para determinar si una medida puede considerarse medida Schengen en sentido puro o, por el contrario, una medida en desarrollo de éste.

III.- EL ESPACIO SCHENGEN COMO EJEMPLO DE INTEGRACIÓN DIFERENCIADA

La integración diferenciada supone la utilización, por sólo algunos Estados miembros, de los procedimientos, mecanismos e instituciones de la Unión para dotarse de un sistema normativo aplicable sólo a ello y cuya financiación corre a cargo sólo de tales Estados miembros.

El art. 1 del Protocolo Schengen reconoce la aplicación y desarrollo del Acervo Schengen como una forma de integración diferenciada cuando señala que todo el Acervo Schengen² es aplicable sólo a los Estados miembros de la UE que forman parte de Schengen, y cuando autoriza a los Estados miembros de la UE signatarios de los

² Vid. a este respecto la Decisión nº 435 del Consejo de 20 de mayo de 1999, sobre la definición de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999) y la Decisión nº 436 del Consejo de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999). Vid. también el contenido detallado del acervo Schengen en DOCE L 239 de 22 de septiembre de 2000.

Acuerdos de Schengen a establecer entre sí una *cooperación reforzada* en el ámbito de tales acuerdos utilizando el marco institucional y jurídico de la Unión y siempre que sea en su respeto. Inicialmente el Reino Unido e Irlanda no formaban parte de Schengen, si bien con posterioridad se han adherido parcialmente a su acervo. Dinamarca, por su parte, aunque forma parte de Schengen, mantiene una situación jurídica particular al respecto. De este modo, la aplicación y desarrollo del Acervo de Schengen en los Estados miembros de la Unión Europea configura un ejemplo de integración diferenciada.

Mediante una integración diferenciada como es Schengen, los Estados miembros que lo desean trasladan sus objetivos a la estructura de la Unión Europea adaptándola a la no participación en ella de todos los Estados miembros. Se crea de este modo un *sistema de integración* dentro del sistema de integración de la Unión previamente existente, un *subsistema de integración*, una *Unión Europea en el interior de la Unión Europea* existente, integrada en ella, pero ni sus instituciones ni su Derecho son de la Unión *stricto sensu*. Se trata, por tanto, de un subsistema de integración, una sub-Unión Europea en el interior de la Unión Europea. Un sistema de integración diferenciada cuenta, pues, con todas las características del sistema de la Unión. En este sentido, el sistema de integración diferenciada está *asimilado* al de la Unión, es una réplica de él, desarrollado en su interior y, en consecuencia, en su respeto, subordinado a él. De hecho, el Protocolo Schengen recoge expresamente esta lógica de la integración diferenciada en cuanto que en el tercer párrafo de su Preámbulo puede leerse que “Lo dispuesto en el acervo de Schengen sólo puede aplicarse en la medida en que sea compatible con el Derecho de la Comunidad y de la Unión” y su art. 1 exige que la cooperación reforzada Schengen se lleve a cabo “respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Dice el TJCE en su Sentencia de 31 de enero de 2006 que “Esta disposición es la expresión particular del principio enunciado en el artículo 43 UE, apartado 1, según el cual una cooperación reforzada debe respetar dichos Tratados y el marco institucional de la Unión, así como el acervo comunitario”³.

a) La situación jurídica de Reino Unido e Irlanda

Reino Unido e Irlanda, que inicialmente no formaban parte de Schengen, solicitaron en el año 2000 participar en *algunas* de las disposiciones del acervo Schengen, de

³ STJCE de 31 de enero de 2006. As C-503/03, Comisión Europea vs. España. Pár. 34.

conformidad con el art. 4 del Protocolo Schengen. Dicha solicitud dio a luz una Decisión positiva del Consejo ⁴.

b) La situación jurídica de Dinamarca

Por su parte Dinamarca, sí es Estado firmante de los Acuerdos de Schengen pero en 1997, con ocasión de las negociaciones del Tratado de Ámsterdam, se negó a la inclusión del acervo Schengen en la Unión de modo que éste y su desarrollo pudieran adquirir las características del *método comunitario*. Como solución, el Protocolo Schengen y el Protocolo sobre la posición de Dinamarca establecen ciertas particularidades para este Estado. En primer lugar, Dinamarca mantiene con el acervo Schengen y con el resto de los Estados firmantes de estos acuerdos, la relación que ya mantenía con anterioridad a la integración de Schengen en la Unión (art. 3 Protocolo Schengen). En segundo lugar, Dinamarca no está (en principio) vinculada por el desarrollo del acervo Schengen que pudiera adquirir las características mencionadas (art. 5 Protocolo sobre la posición de Dinamarca). En tercer lugar, si Dinamarca opta por incorporar algunas de estas disposiciones a su legislación nacional, lo hará como norma de Derecho internacional público (art. 5 Protocolo sobre la posición de Dinamarca). Si Dinamarca decidiera en cualquier momento no hacer uso de esas prerrogativas, le serían aplicables automática e íntegramente las medidas adoptadas en desarrollo de Schengen, junto con cualesquiera medidas pertinentes al respecto adoptadas en el marco de la Unión Europea (art. 7 Protocolo sobre la posición de Dinamarca).

c) La situación jurídica de Noruega e Islandia

Estos Estados, que no son miembros de la Unión Europea, aplican el acervo Schengen y su desarrollo de conformidad con el acuerdo firmado en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996. La participación concreta de estos Estados en Schengen aparece en el acuerdo celebrado el 18 de mayo de 1999 entre el Consejo (en su composición restringida a los Estados Schengen) y Noruega e Islandia, en aplicación de la letra del art. 6 del Protocolo Schengen (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999).

d) La situación jurídica de los Estados candidatos a la UE

⁴ Vid. Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativa a la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de adherirse a parte del acervo Schengen (DOCE L 131 de 1 junio de 2000) y la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DOCE L 64 de 7 de marzo de 2002). Vid. también la Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 2004 sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido (DO L 395 de 31 de diciembre de 2004).

Aunque la integración diferenciada del Acervo Schengen se construye en sentido negativo (esto es, se formula como exclusión de un ámbito material de determinados Estados miembros) de modo que la no participación se convierte en excepción y, por tanto, lo lógico es pensar que este Acervo es aceptado por los nuevos Estados miembros *salvo acuerdo en contrario*, el art. 8 del Protocolo Schengen establece una solución particular para este acervo e impide dicha salvedad: “A efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito *han de aceptarse* en su totalidad *como* acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión”⁵. De ello se desprende que si bien, por un lado, el propio Tratado reconoce que el acervo Schengen no es acervo de la Unión en sentido estricto (coherente con su condición de resultado de una integración diferenciada), por otro lado, lo *asimila* a él al *tener que ser aceptado* por todo Estado miembro candidato a la adhesión⁶. En consecuencia, no parece jurídicamente posible un acuerdo explícito que desvincule a un futuro Estado miembro de dicho acervo. Por eso el acervo Schengen en su totalidad ha de ser aceptado por los nuevos Estados miembros.

IV.- EL ROMPECABEZAS DE LA ADHESIÓN DE REINO UNIDO E IRLANDA AL ACERVO SCHENGEN, AL TÍTULO IV TCE Y A LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN DESARROLLO DE ÉSTOS

a) Cuestiones generales sobre la adhesión a los sistemas de integración diferenciada

Cualquier integración diferenciada es necesariamente abierta. Son varias las razones que llevan a ello. En primer lugar, si la finalidad de la integración diferenciada es, en último término, la de no paralizar la integración, una integración diferenciada cerrada no vendría sino a limitar la evolución y la propia dinámica de la integración, es decir, precisamente el efecto contrario del pretendido. En segundo lugar, una integración diferenciada en la que sólo participan los Estados miembros que quieren participar, sólo tiene sentido mientras no todos los Estados miembros quieran participar en ella. Sería contradictorio autorizar una integración diferenciada porque no todos los Estados miembros quieren participar en ella y no permitir la participación del resto de Estados miembros con posterioridad. En tercer lugar, una integración diferenciada cerrada *per*

⁵ La cursiva es mía.

⁶ Dicha aceptación es obligatoria en su totalidad para los nuevos Estados que deseen incorporarse a la Unión, independientemente de que temporalmente no se haga posible su aplicación por no cumplir con las condiciones necesarias para ello (Vid. Art. 2.2 Protocolo nº 2 anejo al TCE y al TUE).

sempre constituiría una suerte de regresión en la integración cuando el objetivo a conseguir mediante tal integración diferenciada fuera un objetivo de la Unión; ello, porque se desvincularía por completo de dicho objetivo a los Estados miembros que permanecieran fuera de la integración diferenciada.

La naturaleza abierta de las integraciones diferenciada se traduce en la existencia de un derecho de los Estados miembros no participantes en ella a participar en ella con posterioridad. Ahora bien, esto no significa, lógicamente, que la adhesión sea automática una vez que el Estado miembro en cuestión decide incorporarse a ella, sino que ha de comprobarse:

- la aptitud mínima al respecto. Tales condiciones mínimas son aquellas capaces de mostrar un compromiso serio del Estado miembro en cuestión sobre las disposiciones de la integración diferenciada (sin perjuicio del establecimiento de condiciones transitorias si fuera necesario). La decisión que pueda emitirse al respecto no es, por tanto, discrecional, pudiendo recurrirse en anulación virtud del art. 230 TCE .

- Indefectiblemente unido a lo anterior, la no afectación a la coherencia e integridad de la integración diferenciada. Puesto que la integración diferenciada en la Unión Europea funciona como un calco de ésta, como un subsistema de integración, la coherencia y la seguridad jurídica en el desarrollo de la integración diferenciada son elementos básicos de ésta.

La ausencia de discrecionalidad en la decisión a adoptar no sólo garantiza una integración diferenciada abierta sino también la coherencia en el desarrollo de la integración diferenciada.

Sin embargo, la ausencia de vetos previos y de discrecionalidad para decidir sobre la incorporación de Estados miembros a una integración diferenciada, son insuficientes para considerarla *abierta* mientras no existan mecanismos que faciliten efectivamente tal incorporación, esto es, mecanismos de solidaridad. Tales mecanismos ayudan a los Estados miembros que permanecen en un nivel de integración inferior a cumplir las condiciones para incorporarse al superior, evitando una quiebra irreparable entre ellos. Los mecanismos reequilibradores comunitarios son perfectamente válidos en este caso.

b) La adhesión de Reino Unido a medidas Schengen

Cuando se trate de adherirse a medidas del *Acervo Schengen*, el Reino Unido ⁷ notificará al Consejo su intención de participar en todas o algunas de las disposiciones de tal Acervo, a lo que éste deberá responder “por unanimidad de los Estados miembros a que se refiere el artículo 1 [del Protocolo Schengen] y del representante del Estado miembro de que se trate” (art. 4 del Protocolo Schengen). En cuanto a la decisión sobre la adhesión, esta no puede ser, como ya he dicho antes, discrecional. Ello, porque de este modo se garantiza tanto que la integración diferenciada sea abierta, como su coherencia. Por eso considero que también en estos casos la Decisión sobre la incorporación de un Estado miembro a las medidas del Acervo Schengen no es automática, sino que depende del cumplimiento de las condiciones objetivas mínimas para ello. La no discrecionalidad de tales Decisiones permite recurrirlas ante el TJCE. No obstante, cumplidas dichas condiciones mínimas, en el caso del Acervo Schengen, éste o las partes de él a las que se adhiere un Estado miembro, no son aplicables a dicho Estado miembro hasta que éste no cuente con las condiciones para ello ⁸.

c) La adhesión de Reino Unido a medidas en desarrollo de Schengen

Por el contrario, para participar en la elaboración y adopción de medidas en *desarrollo del Acervo Schengen*, el Reino Unido tendrá un *plazo razonable* para comunicar al presidente del Consejo su voluntad de participar en ello. De la simple lectura del art. 5 del Protocolo Schengen, se desprende que hecha la comunicación tendrá derecho a participar. Si transcurrido dicho plazo razonable no se hubiera hecho tal notificación, se considerará que la autorización del art. 11 TCE se ha concedido al resto de Estados miembros (art. 5 Protocolo Schengen). De acuerdo con esto, cuando se trate de participar en la elaboración y adopción de medidas en desarrollo del Acervo Schengen existiría una participación *automática* de Reino Unido y/o Irlanda previa notificación al Consejo (no solicitud) de su deseo en este sentido; no existiría, en consecuencia, un examen previo del cumplimiento de las condiciones objetivas para tal participación y ésta sería automática. Esta es la interpretación que hace el Reino Unido en los recursos de anulación objeto de este comentario. Según el Reino Unido, el Protocolo Schengen prevé dos mecanismos de cooperación reforzada, independientes entre sí: uno el del art.

⁷ Tal y como reza el Protocolo Schengen, las disposiciones para la adhesión del Reino Unido al acervo Schengen y su desarrollo, son también las aplicables a Irlanda.

⁸ Vid. Declaración común nº1 inserta en el Acta final de cada Acuerdo de Adhesión de nuevos Estados al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Vid., por ejemplo, art. 8.3 de la Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre la solicitud del Reino Unido..., cit., y arts. 6.3 y 4.1 de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002 sobre la solicitud de Irlanda..., cit.

4 del Protocolo Schengen y otro el del art. 5 del mismo Protocolo⁹. En su opinión, una interpretación diferente privaría de eficacia al art. 5 del Protocolo, negando el derecho de que disfruta Reino Unido en virtud de él, y acarrearía efectos negativos y desproporcionados para Reino Unido¹⁰.

Sin embargo, el TJCE y la Abogado General mantienen ante estas circunstancias una opinión completamente diferente de la de Reino Unido. Ambos relacionan íntimamente los arts. 4 y 5 del Protocolo Schengen, lejos de la independencia entre sí que les otorga la interpretación británica. Es lógico. Tal y como ya manifesté en 2005 con ocasión de la publicación de un trabajo¹¹, la participación del Reino Unido en una iniciativa en desarrollo del Acervo Schengen puede exigir, en ocasiones, la asunción previa de las medidas adoptadas en este ámbito que estén necesariamente unidas a tal iniciativa, esto es, aquéllas sin las cuales ésta carece de sentido, se hace inaplicable o ineficaz. En definitiva, la participación en una determinada iniciativa en desarrollo del Acervo Schengen exige la asunción previa de ciertas medidas ya establecidas. Como consecuencia, en estos casos, la notificación al Consejo del deseo de participar en una determinada iniciativa para desarrollar el Acervo Schengen (art. 5 Protocolo Schengen) exigiría el pronunciamiento previo del Consejo al respecto de conformidad con el art. 4 Protocolo Schengen. Sólo entonces, a partir de ahí, puede entenderse que, automáticamente, ese Estado miembro puede participar en aquéllas iniciativas de desarrollo de Schengen¹². En palabras de la Abogado General, “Está claro que el Reino Unido e Irlanda pueden participar en el desarrollo de una medida del acervo de Schengen, en la cual cooperan en virtud del artículo 4 del Protocolo de Schengen. (...) Si no obstante el Reino Unido o Irlanda no cooperan en virtud del artículo 4 en el ámbito que es objeto de desarrollo, la situación es distinta. En la aplicación del procedimiento

⁹ Vid. Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK, presentadas el 10 de julio de 2007, en el As. C-77/05, Reino Unido vs. Consejo, refiriéndose a las alegaciones del Reino Unido, párs. 51-62. Vid. también las Conclusiones de esta Abogado General, presentadas el mismo día, en el As. C-137/05, Reino Unido vs. Consejo, refiriéndose a las alegaciones del Reino Unido, párs. 44-56.

¹⁰ Vid. STJCE en el Asunto C-77/05, refiriéndose a las alegaciones de Reino Unido, párs 37-41 y STJCE en el Asunto 137/05, refiriéndose a las alegaciones de Reino Unido, párs. 32-36.

¹¹ Vid. ALCOCEBA GALLEGO, M. A. *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2005, pp. 218 y ss.

¹² También en esta línea TOTH, A.G. “The legal effects of the Protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark”. En HEUKELS, T.; BLOKKER, N.; BRUS, M. (Eds.). *The European Union after Amsterdam. A legal analysis*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 237. BRIBOSIA, H. por el contrario, y aún considerándolo paradójico, consideró en su momento que la simple notificación sería suficiente y, en consecuencia, la participación en la adopción de nuevas medidas resultaría automática “même sans avoir préalablement adhéré à l’acquis” (“De la subsidiarité à la coopération renforcée”. En LEJEUNE, Yves (Coord.) *Le Traité d’Amsterdam. Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 59; Id., “Différentiation et avant-gardes au sein de l’Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d’Amsterdam”. *CDE*. 2000, nº 1-2, p. 74).

previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen sin la aplicación del artículo 4 del mismo Protocolo es posible únicamente si se trata de un acto de desarrollo de dicho acervo que puede ser aplicado de forma autónoma. (...) Si el Reino Unido o Irlanda pudieran, únicamente sobre la base del mecanismo previsto en el artículo 5 del Protocolo de Schengen, acceder a la cooperación Schengen en un sector para el cual, a los fines de la cooperación, se exige la aplicación previa del artículo 4 de dicho Protocolo, desaparecería el efecto útil de esta última norma”¹³. Según la acertada opinión de la Abogado General, el *ius variandi* del art. 5.1 del Protocolo Schengen, esto es, el derecho de elección de Reino Unido respecto de los nuevos actos Schengen, “está limitado únicamente a las propuestas e iniciativas que se basan en el acervo de Schengen susceptibles de ser aplicadas de forma autónoma (...). Por ello, la cooperación del Reino Unido y de Irlanda en el desarrollo de una parte del acervo de Schengen está en principio supeditada a la previa tramitación del procedimiento previsto en el artículo 4 del Protocolo de Schengen”¹⁴. De esta misma opinión es el TJCE, para quien “como se deduce de la inclusión de los términos «propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen» en el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, del Protocolo de Schengen, las medidas a que se refiere dicha disposición se basan en el acervo de Schengen, en el sentido del artículo 4 del mismo Protocolo, del que tan sólo constituyen una ejecución o un desarrollo posterior. Pues bien, lógicamente, tales medidas deben concordar con las disposiciones que ejecutan o de las que constituyen un desarrollo, por lo que presuponen la aceptación tanto de dichas disposiciones como de los principios que constituyen su fundamento. De ello se deduce que sólo puede considerarse la participación de un Estado miembro en la adopción de una medida con arreglo al artículo 5, apartado 1, del protocolo de Schengen en la medida en que ese Estado haya asumido el ámbito del acervo de Schengen en el que se inscribe la medida que debe adoptarse o del que constituye un desarrollo. En estas circunstancias, toda vez que el artículo 4 del Protocolo de Schengen prevé la posibilidad de que el Reino Unido e Irlanda se adhieran al acervo de Schengen, no puede admitirse la participación de dichos Estados miembros en la adopción de una medida en virtud del artículo 5, apartado 1, del mismo Protocolo, sin haber sido previamente autorizados por el Consejo a asumir el ámbito del acervo en el que se funda esa medida”¹⁵.

¹³ Conclusiones As. C-77/05, cit., pár. 107 y Conclusiones As. C-137/05, cit., pár. 101.

¹⁴ Conclusiones As. C-77/05, cit. párs. 102 y 107 y Conclusiones As. C-137/05, cit., párs. 96 y 101.

¹⁵ STJCE As. C-77/05, cit., párs. 60-63 y STJCE As. C-137/05, cit., pár. 50.

Una interpretación diferente de la que hacen la Abogado General y el TJCE, esto es, una interpretación del art. 5 del Protocolo Schengen como la que hace el Reino Unido tendría dos consecuencias:

- De un lado, “privar de toda eficacia al artículo 4 del Protocolo de Schengen, dado que el Reino Unido e Irlanda podrían participar en todas las propuestas e iniciativas basadas en el acervo de Schengen, en virtud del artículo 5, apartado 1, de dicho Protocolo, aun cuando dichos Estados miembros no hubieran suscrito las disposiciones pertinentes del mencionado acervo o no se hubiera admitido su participación en ellas con arreglo al artículo 4, párrafo segundo, del mismo Protocolo”¹⁶.

- De otro lado, y como consecuencia de ello, afectaría a la integridad y coherencia del Acervo Schengen. El espacio Schengen es un espacio de integración diferenciada. Como subsistema de integración, su desarrollo y funcionamiento es un calco del sistema de integración al que aparece subordinado. Por eso, las exigencias de coherencia e integridad de tal sistema, son perfectamente trasladables a Schengen. Así, no es posible que Reino Unido aplique de manera selectiva o incompleta el acervo Schengen, efectuando una libre elección de las medidas Schengen en las que desea participar en aras del art. 5 del Protocolo Schengen, cuando no es posible aplicar estas de manera autónoma¹⁷.

En definitiva, la adhesión de Reino Unido a medidas basadas en Schengen está condicionada por la interconexión entre tales medidas y las ya adoptadas. De otra manera, podrían aparecer incoherencias tales como que de dos medidas conexas sólo una de ellas fuera vinculante para ese Estado y la otra no, incrementando las dificultades de articulación jurídica de este tipo de medidas, minando su eficacia y provocando quizás la fragmentación del Acervo interpretativo del TJCE¹⁸. Por tanto, la adhesión a determinadas medidas de desarrollo de Schengen exige su adhesión a aquéllas indefectiblemente unidas a estas y sin las cuales no tendrían sentido o se harían ineficaces en el marco del sistema de integración diferenciada en el que están incluidas; de lo contrario, no se producirían sino irremediables incoherencias¹⁹.

¹⁶ STJCE As. C-77/05, cit., pár. 67.

¹⁷ Vid. Conclusiones As. C-77/05, cit., párs. 111-115 y Conclusiones As. C-137/05, cit., párs. 108-112.

¹⁸ Vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”. *RDCE*. 1998, nº 4, p. 541.

¹⁹ AREILZA CARVAJAL, J.M. y DASTIS QUECEDO, A. ya apuntaban en 1998 la incompatibilidad que se podría generar por el hecho de “participar en una medida de desarrollo del acervo Schengen sin haber participado previamente en el acervo de base” (“Cooperaciones reforzadas en el Tratado de ámsterdam: ¿misión cumplida?” *GJCE*. 1998, nº D- 29, p. 138; vid. también, pp. 135-136). Vid. igualmente SIMAEYS, B.; CARLIER, J-Y. “Le nouvel espace de liberté,

d) La calificación de una medida como medida Schengen o como medida en desarrollo de Schengen

La calificación de una medida como medida Schengen o medida en desarrollo de Schengen adquiere trascendencia no sólo por la cuestión que acabamos de ver relativa a la aplicación de los arts. 4 y 5 del Protocolo Schengen, sino también porque dicha calificación excluye, en virtud del art. 7 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda en relación con el Título IV TCE, la aplicación de este mismo Protocolo. La cuestión es particularmente relevante porque el Título IV relativo a visados, asilo e inmigración incluye bajo su ámbito material cuestiones Schengen, y establece de conformidad con el art. 3 de su Protocolo un sistema de participación automático para Reino Unido en iniciativas adoptadas en virtud de este Título.

De conformidad con ese Protocolo, cuando el Reino Unido pretenda participar en la elaboración y adopción de medidas sobre la base del Título IV TCE tiene un plazo de tres meses para hacer su notificación al Consejo, desde la presentación al Consejo de la propuesta a adoptar; tras ello, puede hacerlo (art. 3, 1er. pár. Protocolo). Ahora bien, si transcurrido un *período razonable* no puede adoptarse la medida con la participación de Reino Unido y/o Irlanda, el Consejo puede adoptar la medida sin la participación de estos Estados (art. 3 2º pár. Protocolo). Si, simplemente, pretendiera aceptar una medida adoptada en virtud del Título IV TCE, notificará dicho propósito al Consejo y a la Comisión y se aplicará *mutatis mutandis* el procedimiento del art. 11.3 TCE, lo que significa que la decisión queda en manos de la Comisión, según el art. 4 de este

de sécurité et de justice". En LEJEUNE, Y. (Coord.) *Le Traité d'Amsterdam Espoirs et déceptions*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 266.

Protocolo ²⁰. Es evidente la diferencia con la adhesión a medidas Schengen o de desarrollo de Schengen ²¹.

Como ya he manifestado en alguna ocasión, no encuentro una razón que justifique esta diferencia de procedimientos entre la adhesión al Acervo Schengen y la adhesión al resto de las disposiciones del Título IV TCE ²² pues, en definitiva, el Acervo Schengen está destinado a convertirse en medidas de este Título (al menos parcialmente) ²³. Dado que buena parte de las medidas a adoptar bajo el Título IV TCE son Acervo Schengen o desarrollo de éste, y dado que Reino Unido e Irlanda no forman parte de la totalidad de Schengen, y no están vinculados, en principio, por ese Acervo ni su desarrollo, igual que en el caso de los contenidos *puros* de este Título IV según los arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda en relación con dicho Título, lo lógico habría sido un régimen idéntico para todas las medidas adoptadas bajo dicho Título.

Disociar las disposiciones del Acervo Schengen de las *disposiciones puras* del Título IV TCE es complicado dada la vinculación entre ambos ámbitos. En todo caso, dicha determinación resulta fundamental para fijar la utilización del procedimiento de adhesión. Dice el TJCE que la calificación de un acto a este respecto debe basarse, por analogía

²⁰ En mi opinión, en este caso, ha de hacerse una interpretación análoga a la del Protocolo Schengen en el siguiente sentido: los arts. 3 y 4 del Protocolo sobre Reino Unido e Irlanda en relación con el Título IV TCE, no son independientes entre sí. La solicitud al Consejo de participar en una determinada iniciativa para desarrollar medidas genuinas del Título IV TCE, conllevaría igualmente la solicitud implícita de participar en todas o algunas de las medidas ya adoptadas. Sin embargo, en esta ocasión no podemos hacer el mismo razonamiento que para el caso de la adhesión a iniciativas en desarrollo de Schengen, pues en este caso la notificación se realizaría al Consejo (art. 3 Protocolo sobre Reino Unido e Irlanda) y sobre la solicitud de adhesión a las medidas ya adoptadas se pronunciaría la Comisión (art. 4 mismo Protocolo). Quizás por eso, el Estado miembro habría de dirigirse en primer lugar a la Comisión y al Consejo para notificar su deseo de participar en la adopción de las medidas ya adoptadas e indefectiblemente unidas a la iniciativa en la que deseara participar. Una Decisión positiva al respecto, siguiendo *mutatis mutandis* el art. 11.3, significaría no sólo la participación de esos Estados miembros en tales medidas, sino en todas aquellas basadas en ellas, lo que incluiría la iniciativa en la que se quería participar y que dio origen a la solicitud. Tras esta Decisión se procedería a la notificación al Consejo de la voluntad de participar en la iniciativa en desarrollo, con simple carácter informativo; hecha la notificación, y según la letra del art. 3 del Protocolo sobre Reino Unido e Irlanda, los Estados miembros *tendrían derecho a hacerlo*.

²¹ Vid. artículos 4 y 5 del Protocolo Schengen y *Supra*.

²² En este sentido GAJA, G. "How flexible is flexibility under the Amsterdam Treaty". *CMLR*. 1998, nº35, p. 862.

²³ En opinión de TOTH, A.G. "The difference may be explained by the fact that since the Schengen acquis is based on international agreements to which the United Kingdom and Ireland are not parties (...) it is quite natural that the unanimous consent of the contracting parties should be obtained (...) On the other hand, both countries are parties to the amended EC Treaty which contains the new provisions on free movements (Title IIIa) so that by opting in they do not have to accede to an agreement between third parties". ("The legal effects of the Protocols...", op. cit., p. 236).

con las reglas que rigen la elección de la base jurídica de los actos comunitarios ²⁴, en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional como son, en especial, la finalidad y el contenido del acto ²⁵. En particular, el TJCE acepta el mecanismo de examen del Consejo en dos fases ²⁶:

- En lo que se refiere al conjunto concreto de actos Schengen, con independencia de que su base jurídica se sitúe en el Título IV TCE, su contenido ha quedado publicado en el DO ²⁷. De este modo, pueden diferenciarse las medidas ordinarias del Título IV TCE, de aquellas comprendidas en el ámbito de aplicación del Acervo Schengen.

- La calificación de un acto como desarrollo de Schengen dependerá de si se trata de una cuestión *esencial* para la libre circulación de personas en un espacio en el que se han suprimido las fronteras interiores y en el que se ha establecido un régimen común de control en las fronteras exteriores.

A este respecto, conviene señalar, como hace la Abogado General citando jurisprudencia del TJCE, que el legislador posee una *amplia facultad discrecional* a la hora de adoptar decisiones y realizar apreciaciones sobre ellas, lo que incluye la elección del método a utilizar para determinar si una medida está o no basada en Schengen y supone, por tanto, un desarrollo de éste. El único límite se encuentra en el carácter manifiestamente desproporcionado de la medida para la consecución del objetivo a conseguir. En el caso concreto que nos ocupa, la Abogado General no considera, en absoluto, que el examen en dos fases sea manifiestamente desproporcionado para conseguir el objetivo deseado, esto es, determinar si estamos o no ante una medida de desarrollo de Schengen ²⁸.

²⁴ Recordemos que toda integración diferenciada funciona como un calco del sistema comunitario de integración.

²⁵ Vid. STJCE As. C-77/05, cit., pár. 77 y STJCE As. C-137/05, cit., pár. 56.

²⁶ Vid. STJCE As. C-77/05, párs. 77-85. Igualmente, dicho método de examen es positivamente considerado por la Abogado General en sus Conclusiones, As. C-77/05, cit. párs. 117-120 y en sus Conclusiones As. C-137/05, cit., párs. 114-117.

²⁷ Vid. a este respecto el anexo a este Protocolo nº 2 y Decisión nº 435 del Consejo de 20 de mayo de 1999, sobre la definición de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (DOCE L 176 de 10 de julio de 1999); vid. el contenido detallado del acervo Schengen en DOCE L 239 de 22 de septiembre de 2000.

²⁸ Vid. Conclusiones As. C-77/05, pár. 119-120 y Conclusiones As. C-137/05, cit., párs. 116-117.

V.- LOS REGLAMENTOS 2007/2004 Y 2252/2004 COMO MEDIDAS NO AUTÓNOMAS DE LA APLICACIÓN DEL ACERVO SCHENGEN BASADAS EN ÉSTE

A la luz de las consideraciones que acabamos de hacer, la solución a los recursos de anulación planteados por el Reino Unido en relación con los Reglamentos 2007/2004 y 2252/2004, exige examinar si estas medidas pueden o no considerarse como medidas de desarrollo de Schengen y si, en consecuencia, la participación de Reino Unido en su adopción se rige o no por el art. 5 del Protocolo Schengen.

a) El Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea ²⁹

La calificación del Reglamento 2007/2004 como una medida Schengen o una medida de desarrollo de Schengen exige examinar el objeto y la finalidad de este acto, con independencia de que el propio Reglamento considere que desarrolla medidas del Acervo Schengen ³⁰.

Tal y como señala el TJCE, el objetivo de este Reglamento, según se desprende de sus tres primeros Considerandos y de sus arts. 1.1 y 1.2 “consiste en mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores y en hacer que la aplicación de las reglas comunes relativas a las normas y a los procedimientos de control en dichas fronteras sea más fácil y más eficaz” ³¹. En particular, la Agencia que se crea tiene como misión “coordinar la cooperación operativa entre los Estados miembros en materia de gestión de las fronteras exteriores, asistir a los Estados miembros en la formación de los agentes de la guardia nacional de fronteras y ayudar a dichos Estados miembros que se enfrenten a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en sus fronteras exteriores”, según se desprende del tercer Considerando y del art. 2 del Reglamento ³². Es evidente, como señala la Abogado General, que “la supresión de los controles a las personas en las fronteras interiores representa una parte esencial del acervo Schengen” (...) y, por tanto “están comprendidos dentro del acervo de Schengen” ³³.

²⁹ DO L 349 de 25 de noviembre de 2004.

³⁰ Vid., por ejemplo, los Considerandos 23, 24, 25 y 26 del Reglamento

³¹ STJCE As. C-77/05, pár. 79.

³² *Ibíd.*, pár. 80.

³³ Conclusiones As. C-77/05, pár.- 108.

La cuestión es, entonces, determinar si se trata o no de una medida de desarrollo de Schengen capaz de ser aplicada de manera autónoma. Señala el Tribunal ³⁴, en particular, que las normas y procedimientos comunes a que se refiere el Reglamento 2007/2004 y que habrán de aplicarse en las fronteras exteriores, se fijaron en el Manual común adoptado por el Comité Ejecutivo creado por el CAAS cuyo objeto era cumplir con lo dispuesto en el CAAS relativo al “Cruce de Fronteras Exteriores”, y que de conformidad con el art. 1 de la Decisión 1999/435 del Consejo de 20 de mayo, forma parte del acervo de Schengen ³⁵. Añade el TJCE que “tanto de la rúbrica como del párrafo cuarto del Preámbulo del Acuerdo de Schengen, así como del artículo 17 de éste se deduce que el objetivo de dicho Acuerdo consiste principalmente en la supresión de los controles de las personas en las fronteras comunes de los Estados miembros y en el traspaso de tales controles a las fronteras exteriores de éstos. Subraya la importancia de dicho objetivo en el marco de los Acuerdos de Schengen el lugar que ocupan las disposiciones relativas al cruce de las fronteras exteriores en el CAAS y en la circunstancia de que, con arreglo a los artículos 6 y 7 de éste, los controles han de efectuarse en las fronteras exteriores según principios uniformes, debiendo los Estados miembros poner en práctica una estrecha y permanente cooperación con el fin de garantizar la ejecución eficaz de dichos controles” ³⁶. Parece claro, por tanto, que el reglamento 2007/2004 “no puede ser aplicado de forma autónoma, en la medida en que está conectado a una ejecución más simple y eficaz de las disposiciones vigentes y futuras” ³⁷.

De todo ello, concluye el TJCE que los controles de las personas en las fronteras exteriores y la aplicación de las normas y procedimiento comunes de dichos controles constituyen elementos que se encuentran en el ámbito de aplicación de Schengen ³⁸. Puesto que el objeto del Reglamento es mejorar tales controles, es evidente que estamos ante una medida basada en el acervo de Schengen no autónoma, esto es, una medida basada en el acervo de Schengen en el sentido del art. 5.1 del Protocolo Schengen ³⁹. “El Reglamento 2007/2004 no puede aplicarse sin una ejecución simultánea de los demás actos jurídicos del Acervo Schengen” ⁴⁰.

³⁴ Vid. STJCE As. C-77/05, pár. 82.

³⁵ DOCE cit.

³⁶ STJCE As. C-77/05, pár. 83.

³⁷ Conclusiones As. C-77/05, pár. 108.

³⁸ Vid. STJCE As. C-77/05.

³⁹ Vid. STJCE As. C-77/05, pár. 85.

⁴⁰ Conclusiones C-77/05, pár. 108.

Por tanto, en caso de que el Reino Unido deseara participar en ella, debería adherirse en primer lugar al acervo Schengen en que se basa dicha medida, puesto que este Estado no participa en esa parte del acervo Schengen claramente vinculado a las fronteras exteriores, según se desprende de la Decisión del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre la solicitud de Reino Unido de participar en algunas de las disposiciones del acervo Schengen ⁴¹.

b) El Reglamento 2252/2004 del Consejo de 13 de diciembre sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros 42

La calificación del Reglamento 2254/2004 como una medida Schengen o una medida de desarrollo de Schengen exige, igual que en el caso del Reglamento 2007/2004, examinar el objeto y la finalidad de este acto, con independencia de que el propio Reglamento considere que desarrolla medidas del Acervo Schengen.

En esta ocasión, el TJCE vuelve a hacer el mismo examen que ya hiciera en el caso anterior e incluso tanto el Tribunal en su Sentencia como la Abogado General en sus Conclusiones utilizan párrafos idénticos a los del caso anterior. Para no repetir innecesariamente, me centraré exclusivamente en la determinación concreta de si el Reglamento 2252/2004 es o no una medida basada en Schengen capaz de ser aplicada autónomamente.

En esta ocasión, el TJCE acude a los Considerandos 2 y 3 y al art. 4.3 del Reglamento 2252/2004 para concluir que su objetivo es “la lucha contra la falsificación y el uso fraudulento de los pasaportes, así como el resto de documentos de viaje expedidos por los Estados miembros” ⁴³. Tal y como señala el TJCE, los mecanismos que articula el Reglamento para ello según sus arts. 1 y 2 son “la armonización y mejora de las normas mínimas de seguridad que han de cumplir los pasaportes y los documentos de viaje expedidos por los Estados miembros y prevé la inserción en dichos documentos de algunos elementos biométricos relativos a los titulares de tales documentos” ⁴⁴. Después de recordar, como ya dijo en el As. 77/05, que los controles de personas en las fronteras exteriores y la aplicación de las reglas comunes sobre las normas y procedimientos de tales controles son parte de la aplicación de Schengen, el TJCE recuerda que los principios uniformes que regulan los controles en las fronteras

⁴¹ Vid. Conclusiones C-77/05, pár. 108.

⁴² DOCE L 385 de 29 de diciembre de 2004

⁴³ STJCE As. C-137/05, pár. 58.

⁴⁴ STJCE As. C-137/05, pár. 59.

exteriores y los controles mismos aparecen en el CAAS y en el Manual Común adoptado por el Comité ejecutivo creado por aquél, y forman parte del Acervo Schengen, tal y como recoge la Decisión 1999/435 del Consejo de 20 de mayo⁴⁵. Por tanto, considera el Tribunal que “en la medida en que la comprobación de la autenticidad de los pasaportes y del resto de documentos de viaje constituye el elemento principal de los controles de las personas en las fronteras exteriores, debe considerarse que las medidas que permiten la verificación más fácil y más fiable de dicha autenticidad y de la identidad del titular del documento en cuestión pueden garantizar y mejorar la eficacia de dichos controles y, por ende, de la gestión integrada de las fronteras exteriores que establece el acervo de Schengen”⁴⁶. Por esta razón, este Reglamento constituye una medida de desarrollo del Acervo Schengen, como dice el TJCE⁴⁷. Además, no puede aplicarse de manera autónoma, sino que está indefectiblemente unida a otras medidas Schengen previamente adoptadas, como señala la Abogado General⁴⁸.

Por tanto, de nuevo, en caso de que el Reino Unido deseara participar en la adopción del Reglamento 2252/2004, debería adherirse en primer lugar al acervo Schengen en que se basa dicha medida, siguiendo el procedimiento del art. 4 del Protocolo Schengen.

VI.- CONSIDERACIONES FINALES

Las dos Sentencias del TJCE de 18 de diciembre de 2007 en los As. 77/05 y 137/05 contribuyen de manera muy relevante a fijar algunas de las condiciones de funcionamiento y desarrollo del espacio Schengen como espacio de integración diferenciada. Por primera vez, el TJCE ha tenido la oportunidad clarificar, aunque sólo sea parcialmente, el enorme galimatías en que se ha convertido el espacio de libertad, seguridad y justicia, con ocasión del desarrollo de la integración diferenciada, y ha ejercido, una vez más, un control sobre ésta.

- En primer lugar, el Tribunal ha contribuido a aclarar el sentido y alcance de las disposiciones del Protocolo sobre la integración de Schengen en la Unión Europea (en adelante Protocolo Schengen) y del Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda en relación con el Título IV del TCE (en adelante Protocolo sobre el Título IV), en lo que se refiere a la adhesión de estos dos Estados miembros a medidas adoptadas en estos ámbitos de integración diferenciada.

⁴⁵ Vid. DOCE cit. Vid. STCE As. C-135/05, pars. 61-64. .

⁴⁶ STJCE As. C-137/05, pár. 65.

⁴⁷ *Ibíd.*, pár. 67.

⁴⁸ Conclusiones As. C-137/05, pár. 104.

- En segundo lugar, al hacerlo, el TJCE ha limitado el derecho de Irlanda y Reino Unido a incorporarse a estos acervos y su desarrollo, en aras de su integridad y coherencia. Es decir, el TJCE ha confirmado uno de los elementos inherentes a la naturaleza de toda integración diferenciada: es un sistema abierto, pero no incondicionalmente abierto, y la participación en él está supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones.

- En tercer lugar, además, el TJCE ha contribuido a fijar las condiciones que debe cumplir una medida para ser considerada como un desarrollo de Schengen.